

KGVS C1 06 3

KGE (Zivilgerichtshof I) vom 30. März 2006 i.S. EnAlpin AG c. Aletsch AG.

Kraftloserklärung von Beteiligungspapieren nach Börsengesetz (Art. 33 BEHG; Art. 54 und 55 BEHV).

- Verfahren und Zuständigkeit (Art. 33 Abs. 1 BEHG; E. 1).
- Verfügt der Anbieter nach Ablauf der Angebotsfrist über 98 % der Stimmrechte der Zielgesellschaft, kann er mittels Klage gegen dieselbe binnen drei Monaten verlangen, dass die restlichen Beteiligungspapiere kraftlos erklärt werden (Art. 33 Abs. 1 und 27 Abs. 2 BEHG; Art. 55 BEHV; E. 3a/b).
- Berechnung der Stimmrechte (Art. 54 BEHV; E. 3c).

Annulation de titres selon la loi sur les bourses (art. 33, 54 et 55 LBVM).

- Procédure et compétence (art. 33 al. 1 LBVM ; consid. 1).
- Si l'offrant détient, à l'expiration de l'offre, plus de 98 pour cent des droits de vote de la société visée, il peut, dans un délai de trois mois, introduire action

contre celle-ci et demander au juge d'annuler les titres restants (art. 33 al. 1 27 al. 2 et 55 LBVM; consid. 3a/b).

– Détermination des droits de vote (art. 54 LBVM ; consid. 3c).

Aus den Erwägungen

1. a) Bei der Klage auf Kraftloserklärung handelt es sich gemäss Art. 33 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (Börsengesetz, BEHG; SR 954.1) um ein Zweiparteienverfahren mit dem Anbieter als Kläger und der Zielgesellschaft als Beklagte. Es ist eine Gestaltungsklage, die im ordentlichen Verfahren beurteilt wird. Auf das Verfahren finden Art. 55 BEHV (Börsenverordnung; SR 954.11) sowie die jeweiligen kantonalen Zivilprozessvorschriften Anwendung (Schildknecht, in: Vogt/Watter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Kapitalmarktrecht, Basel/Genf/München 1999, N. 14 zu Art. 33 BEHG).

b) Die Zuständigkeit betreffend fehlen für die börsenrechtliche Kraftloserklärung besondere Vorschriften, so dass sich diese nach dem Streitwert bestimmt. Das Kantonsgericht erkennt in aller Regel über geldwerte Streitigkeiten, deren Streitwert Fr. 8'000.— oder mehr beträgt (Art. 23 Abs. 1 lit. b ZPO; vgl. Art. 46 aOG). Diesbezüglich ist bei der Gestaltungsklage auf den aus der Rechtsgestaltung für den Kläger erwachsenden Vermögensvorteil abzustellen (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, 4. Kap. N. 95). Dieser beträgt nach den Schlussbegehren Fr. 334'750.— (65 x 5'150.—), so dass das Kantonsgericht sachlich zuständig ist. Die örtliche Zuständigkeit ist aufgrund des Sitzes der Beklagten in Mörel ebenfalls gegeben (Art. 30 GestG, 3 Abs. 1 ZPO).

2. a) Die EnAlpin AG (Anbieterin) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Visp. Die Aletsch AG (Zielgesellschaft) ist eine an der SWX Swiss Exchange kotierte schweizerische Aktiengesellschaft, mit Sitz in Mörel, deren Zweck in der Erzeugung und Verwertung von Energie und Wasserkraften insbesondere derjenigen der Massa und der Mattervispe liegt. Sie verfügt über ein Aktienkapital von Fr. 20'000'0000.—, eingeteilt in 20'000 Inhaberaktien mit einem Nennwert von je Fr. 1'000.—; sie hat kein Partizipationsscheinkapital (Handelsregisterauszug vom 16. Juni 2004).

b) Die EnAlpin AG hielt per 31. Mai 2004 97.55 % sämtlicher Aktien der Aletsch AG. Im Publikum befanden sich noch 491 Aktien. Sie beschloss, den verbliebenen gruppenexternen Aktionären ein öffentli-

ches Kaufangebot gemäss den Bestimmungen des BEHG zu unterbreiten. Die Voranmeldung des öffentlichen Kaufangebots wurde in den elektronischen Medien am 12. Mai 2004 und in den Zeitungen am 13. Mai 2004 veröffentlicht. Die Empfehlung der Übernahmekommission datiert vom 26. Mai 2004. Am 4. Juni 2004 unterbreitete die EnAlpin AG ein öffentliches Kaufangebot für alle sich im Publikum befindenden Inhaberaktien der Aletsch AG, Angebotspreis Fr. 5'150.– netto je Inhaberaktie der Aletsch AG, Angebotsfrist 4. Juni bis 1. Juli 2004, 16.00 Uhr (Angebotsprospekt). Am 7. Juli 2004 veröffentlichte die EnAlpin AG das Zwischenergebnis mit einer Nachfrist bis zum 21. Juli 2004, 16.00 Uhr. Am 24. Juli 2004 wurde das endgültige Ergebnis publiziert, wonach bis zum Ablauf der Nachfrist der EnAlpin AG insgesamt 229 Inhaberaktien der Aletsch AG angedient worden sind und sie somit 19'738 Inhaberaktien der Aletsch AG hielt. Am 12. Oktober 2004 leitete die EnAlpin AG die Klage auf Kraftloserklärung von 262 Aktien ein. Sie erwarb während des Verfahrens weitere 197 Aktien der Aletsch AG, so dass sich noch 65 Inhaberaktien der Beklagten im Publikum befinden.

3. Nach Art. 33 Abs. 1 BEHG kann der Anbieter, der nach Ablauf der Angebotsfrist über mehr als 98 Prozent der Stimmrechte der Zielgesellschaft verfügt, binnen einer Frist von drei Monaten vom Richter verlangen, die restlichen Beteiligungspapiere für kraftlos zu erklären. Der Anbieter muss zu diesem Zweck gegen die Gesellschaft Klage erheben. Die restlichen Aktionäre können dem Verfahren beitreten. Deshalb hat das Gericht nach Art. 55 BEHV die Klage betreffend Kraftloserklärung der restlichen Beteiligungspapiere zumindest dreimal im SHAB öffentlich bekannt zu machen. Die restlichen Aktionäre und Inhaber von Partizipationsscheinen sind darauf hinzuweisen, dass sie dem Verfahren innert einer Frist von drei Monaten beitreten können. Sie können als Nebenintervenienten der Beklagten beitreten und sich gegen die Kraftloserklärung ihrer Papiere zur Wehr setzen.

a) Die Klage betreffend Kraftloserklärung ist innert einer Frist von drei Monaten zu erheben (Art. 33 Abs. 1 BEHG), die erst nach Ablauf der obligatorischen Nachfrist nach Art. 27 Abs. 2 BEHG zu laufen beginnt (Schildknecht, a.a.O., N. 10 zu Art. 33 BEHG). Das Angebot zum Kauf ist in einem Prospekt zu veröffentlichen (Art. 24 Abs. 1 BEHG) und hat mindestens 20 Börsentage offen zu bleiben (Art. 14 Abs. 3 Verordnung der Übernahmekommission vom 21. Juli 1997 über öffentliche Kaufangebote, Übernahmeverordnung-UEK, UEV-UEK). Das Zwischenergebnis des Angebots ist mindestens in einem der bedeu-

tenden elektronischen Medien bekannt zu machen (Art. 43 Abs. 1 UEV-UEK). Ist das Angebot zustande gekommen, so muss die Anzeige auf das Recht zur nachträglichen Annahme nach Art. 14 Abs. 5 hinweisen (Art. 45 Abs. 1 UEV-UEK). Diese Nachfrist verlangt Art. 27 Abs. 2 BEHG. Vorliegend hat die Klägerin vorschriftsgemäss ein öffentliches Kaufangebot unterbreitet, dessen Nachfrist am 21. Juli 2004 abgelaufen ist. Die am 12. Oktober 2004 eingereichte Klage erfolgte somit innerhalb der gesetzlichen Frist.

b) Die Rechtsbegehren der Klägerin wurden am 14. Dezember 2004, am 28. Dezember 2004 und am 11. Januar 2005 im SHAB sowie am 17. Dezember 2004 im kantonalen Amtsblatt veröffentlicht. Den restlichen Aktionären der Beklagten wurde eine Frist von drei Monaten ab erster Veröffentlichung im SHAB (14. Dezember 2004) angesetzt, um dem von der Klägerin eingeleiteten Verfahren beizutreten. Innert der Frist ist ein Aktionär dem Verfahren beigetreten, der jedoch am 13. Dezember 2005 infolge Verkaufs sämtlicher von ihm gehaltener Aktien der Aletsch AG an die Klägerin die Nebenintervention zurückgezogen hat. Die Beklagte hat die Klage anerkannt.

c) Wie die Stimmrechtsberechnung zu erfolgen hat, bestimmt Art. 54 BEHV. Danach sind bei der Berechnung des Grenzwerts neben den direkt gehaltenen auch Aktien zu berücksichtigen, deren Stimmrechte ruhen und die der Anbieter im Zeitpunkt des Gesuchs um Kraftloserklärung indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten hält. Die von der Zielgesellschaft selbst gehaltenen Beteiligungspapiere werden grundsätzlich als eigene Beteiligungspapiere des Anbieters berücksichtigt. Bezugsgrösse für das Überschreiten des Schwellenwertes von 98 % der Stimmrechte ist das im Handelregister eingetragene Aktienkapital (Schildknecht, a.a.O., N. 8 zu Art. 33 BEHG). Nach dem Wortlaut von Art. 33 Abs. 1 BEHG muss der Anbieter den Grenzwert von 98 % der Stimmrechte nach Ablauf der Angebotsfrist überschritten haben, was nach Ansicht der UEK nicht immer zu sachgerechten Ergebnissen führt (Schildknecht, a.a.O., N. 9 zu Art. 33 BEHG; vgl. Köpfler, Der Ausschluss der Minderheitsaktionäre nach einem öffentlichen Übernahmeangebot, in: SJZ 94 [1998] S. 60, welcher die Klageeinleitung für den massgebenden Zeitpunkt hält). Diese Frage kann offen gelassen werden, da vorliegend die Voraussetzungen gemäss der nachfolgenden Erwägung in jedem Fall erfüllt sind.

Das Aktienkapital der Beklagten beläuft sich auf Fr. 20'000'000.-, eingeteilt in 20'000 Inhaberaktien zu einem Nennwert von Fr. 1'000.-.

Davon hielt die Klägerin nach Ablauf der Angebotsfrist 19'721 Aktien und damit 98.6 % des Aktienkapitals der Beklagten, welcher Anteil sich inzwischen auf 99.6 % erhöht hat. Da nach Art. 692 OR die Aktionäre ihr Stimmrecht in der Generalversammlung nach dem Verhältnis des gesamten Nennwerts der ihnen gehörenden Aktien ausüben, beläuft sich der Stimmenanteil der Klägerin auf 98.6 % (bzw. 99.6 %) und übersteigt damit den vom Gesetz geforderten Grenzwert von 98 Prozent.

Vorliegend sind demnach die Voraussetzungen von Art. 33 Abs. 1 BEHG erfüllt und daher die restlichen 65 sich im Publikum befindenden Inhaberaktien der Beklagten für kraftlos zu erklären.

4. Die Klägerin verlangt mit Rechtsbegehren Ziffer 2, die Beklagte sei zu verpflichten, 65 Inhaberaktien mit Nennwert von je Fr. 1'000.— erneut auszugeben und diese gegen Zahlung von je Fr. 5'150.— pro Inhaberaktie der Klägerin zu übergeben. Dabei geht es nur um die Rechtsfolgen der Kraftloserklärung (vgl. Art. 33 Abs. 2 BEHG). Diese sind aber nach der Kraftloserklärung nicht streitig, so dass für dieses Klagebegehren ein Rechtsschutzinteresse fehlt (vgl. SJZ 94 [1998] S. 190 ff.). Auf das Rechtsbegehren Ziffer 2 ist somit nicht einzutreten.

5. Gemäss Art. 55 Abs. 4 BEHV ist die Kraftloserklärung nach Eintritt der Rechtskraft sofort im SHAB zu veröffentlichen, wobei das Urteil noch anderweitig veröffentlicht werden kann (Schildknecht, a.a.O., N. 18 zu Art. 33 BEHG). Wie bei der Veröffentlichung der Klageerhebung ist die Kraftloserklärung auch im kantonalen Amtsblatt zu veröffentlichen.